

Ne scribam vanum, duc, pia Virgo, manum.

POR

DON GASPAR MELCHOR DE LA Riba Aguero, vezino del Lugar de Gajano, num. 18.

CON

DON JOSEPH DE GANDARILLAS, vezino de la Villa de Santandèr, num. 33.

SOBRE

EL MAYORAZGO FUNDADO POR GARCIA Gonçalez de la Riba, num. 2. y bienes de la mejora de Francisca de la Riba, num. 13.

A PRE-

1 PRETENDE Don Gaspar se le absuelva de lo pedido por Don Joseph; y que en caso que se rescinda la permuta hecha por Don Gaspar, y sus Tutores de la vna parte; y Doña Antonia del Mazo, num. 22. Don Bernardo de la Mora, y Doña Maria Antonia de Cevallos, numer. 28. se le han de pagar todas las mejoras hechas en los bienes, y se le han de restituir los bienes cedidos en la permuta; y ansimismo se ha de condenar à Don Joseph à la restitucion de los bienes pertenecientes à la mejora de Doña Francisca, num. 13.

§. PRIMERO.

FUNDASE EL DERECHO DE DON GASPAR à la recuperacion de los bienes permutados, y à la deduccion de mejoramientos.

2 DA motivo al pleyto presente, el que en dos de Febrero de 1675. se otorgò dicha permuta entre Doña Antonia del Mazo, numer. 22. y Don Gaspar, num. 18. en que este diò à la referida 2ꝟ500. ducados en censos, y esta à èl los bienes, que por la Executoria se le avian adjudicado del Mayorazgo de la Riba, à que diò motivo la voluntad de Don Fernando de la Riba, numer. 11. que quiso, que este Mayorazgo se conservasse en sus descendientes con el suyo, à que despues de ellos llamò à los demàs parientes.

3 Y aunque por ser permuta de bienes de Mayorazgo sin Facultad Regia, esta no puede tener perpetua subsistencia, D. Molin. *de Prim. lib. 4. cap. 4. à num.* 12. vbi Add. Castill. *lib. 5. capit. 65. numer.* 3. Mier. *de Maiorat. 4. part. quæst.* 1. *illat.* 1. *à num.* 4. D. Lara *de Anniv. lib. 1. cap. 28. num.* 26. y por esto sea preciso reducir las cosas al estado q̃ tenian al tiempo de

de la permuta, *tamen æquum est*, que por ella, yà que el Mayorazgo no recibe diminucion, no ha de lograr vtilidad con perjuizio de Don Gaspar Melchor, num. 18. De lo qual se infieren dos cosas correspondientes à este §. La primera es, que Don Joseph de Gandarillas debe restituir à Don Gaspar Melchor los bienes, que este diò en permuta; y la segunda, que ha de restituir el mayor valor, que tienen los bienes permutados por los mejoramientos hechos por Don Gaspar.

4 Es la permutacion vn contrato innominado, de que nace la accion *præscriptis verbis*, Mantica *de Tacitis, lib. 25. tit. 1. num. 5.* Valeron *de Transact. tit. 1. quæst. 4. numer. 20.* en ella compite la condicion *ob causam non sequtam*, y asi, si dos cosas se permutan, aunque se transfiere el dominio *ex causa permutationis*, como en la venta, *tamen* es especial en la permutacion, que *si res permutata evincitur*, compite al permutante la accion para recuperar la cosa permutada *iure dominij*, *Leg. 1. Leg. 4. §. final. Leg. 8. Cod. de Rer. permut.* Guzm. *de Evict. quæst. 29. num. 4.* Rox. *de Incompat. 5. part. cap. 6. num. 79.*

5 Aunque la cosa permutada estè en tercero posseedor, porque la condicion *ob causam non sequtam, sequitur possessorem*, *Leg. Si pecuniam, ff. de cond. ob causam*, en que se distingue de la venta, que como contrato de consentimiento, no se resuelve, *licèt res vendita evincatur*; pero la permutacion es contrato innominado real, que *nisi res fiat accipientis*, no subsiste.

6 Por esto evinciendose los bienes del Mayorazgo permutado *agit* Don Gaspar Melchor à los censos, que diò en permuta por ellos, & *potest agere*, no solamente contra los posseedores, en que estuviessen, sino tambien contra Don Joseph de Gandarillas, por los que estuviessen en su poder, y por los que huviesse vendido, se le huviessen redimido, y tambien por aquellos que se entregaron à su padre, quien los huviesse vendido, ò huviesse percibido el precio de la redencion.

7 Porque los bienes de Don Joseph, numer. 32. co-

como quien estava obligado à restituir los censos subrogados en lugar de los permutados, estàn obligados à su conservacion, y el interessado tiene hypoteca en ellos *pro alienatis, vel consumptis*, desde el tiempo que dicho Don Joseph, numer. 33. entrò en ellos, *Leg. Mulier, §. Sed enim, ff. ad Trebellianum*, Mier. *de Maiorat. 4. part. quæst.* 39. *num.* 6. Gaspar Thesaur. *Forens. lib. 2. quæst.* 84. D. Castill. *de Aliment. cap.* 45. *à num.* 20. y siendo Don Joseph, num. 32. heredero de su padre, como tiene reconocido, *tenetur* à todas las cargas, y obligaciones de dicho su padre, *Leg. 2. Cod. de Hæred. action. Leg. Licèt, Cod. ad Legem Falc.* D. Olea *de Cession. iur. tit. 4. quæst. 6. num. 1.*

8 Y aunque la Ley divide las acciones pasivas entre los coherederos, y Don Joseph, num. 33. excepciona aver quedado otros por muerte de su padre, no le aprovecha esta excepcion, porque posseyendo bienes paternos, que como và dicho, estàn hypotecados à la restitucion de los bienes permutados, su obligacion es *insolidum*, por ser, como es, la hypoteca individua, *Leg. final. Cod. Si vnus ex plur. hær.* asi la expressa, como la tacita, Hermosill. *in Leg.* 32. *gloss.* 3. *tit.* 5. *partit.* 5. *à num.* 38. Cencio *de Cens. quæst.* 96. *numer.* 4. D. Olea *dict. quæst.* 6. *num.* 17. Noguer. *allegat.* 4. *à num.* 44. D. Amaya *in Leg.* 2. *Cod. de Annon. & tribut. numer.* 91. de suerte, que no puede el referido excusarse de la reconvencion puesta sobre la restitucion, y reintegro de los censos que se dieron por los bienes del Mayorazgo, que el referido, y Doña Isabel de Cevallos reivindican en este pleyto.

9 Es asimismo cierto, que aviendo dicho Don Gaspar Melchor hecho considerables mejoras en los bienes, que se reivindican, debe el que obtuviesse la reivindicacion antes, y primero, que pueda ocupar la possesion de los bienes, pagar al referido los mejoramientos, que huviesse hecho en dichos bienes; porque estos mejoramientos son proprios del que mejorò, Faria ad Covarrub. *lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 8. Giurb. ad Mesan. *cap.* 15. *gloss.* 11. *num.* 1. Garcia *de Expens. cap.* 6.

nu-

numer.22. Peg. *in Ord. in Proœm. tom*.1. *gloss*.43. *numer*.2. por ellas compite retencion al expendente, *Leg. Paulus, ff. de doli excep*. Guzm. *de Evict. quæst*.20. *num*.26. Salgad. *de Reg*. 4. *part. cap*.7. *num*.75. D. Olea *tit*.4. *quæst*.7. *num*.32. Peg. *dict. gloss*.43. *num*.101. *qui dat plures*.

10 Aunque estè condenado por sentencia à esta restitucion, *non aliter venit spoliandus*, que pagadas las mejoras deducibles en execucion de la sentencia, Marinis *lib*.2. *capit*.133. *numer*.18. Guzm. *dict. quæst*.20. *numer*.30. Salgad. *dict. cap*.7. *num*.80. Peg. *dict. gloss*.43. *num*.105. Giurb. *decis*.60. *num*.4. Hermosill. *in Leg*.9. *gloss*.3. *num*.115. *tit*.2. *partit*.5. aunque los mejoramientos sean iliquidos, debiendo liquidarse en la execucion, Cyriac. *Controv. tom*.1. *controv*.195. *num*.1. Piñeyro *de Emphyt*. 2. *part. disput*.3. *numer*.41. Peg. *vbi supr. num*.107. bastando para lo referido liquidarse en execucion de la sentencia, dandose termino competente para ello, Giurb. *decis*.60. *num*.18. Peg. *dict. gloss*.43. *numer*.110. Amato *Variar. tom*.1. *resolut*.14. *numer*.44. bastando para lo referido constar de los mejoramientos *in genere*, lo que no parece se duda en contrario.

11 Pero se dize, que segun la *Ley* 46. *de Toro*, los mejoramientos hechos en bienes del Mayorazgo, ceden à èl, sin q̃ el sucessor tenga obligacion à pagar su estimacion al que los hizo, D. Molin. *de Prim. lib*.1. *cap*.26. *num*.15. Garcia *de Expens. cap*.13. *num*.45. *& de Coniug. ac quæst. numer*.78. Castill. *lib*.5. *cap*.65. *num*.90. Azeved. *in Leg*.6. *tit*.7. *lib*.5. *Recopil. num*.2. Aguil. ad Rox. 1. *part. cap*.7. *à num*.104. vbi plures Mier. *de Maiorat*. 4. *part. quæst*.33. y que asi, aunque Don Gaspar Melchor huviesse hecho mejoramientos en los bienes del Mayorazgo, ceden à èl, de suerte, que Don Joseph, num. 33. no puede deducirlos, ni pedir su estimacion, sin embargo, que no sea posseedor del Mayorazgo; porque la *Ley* 46. *de Toro*, no solo tiene lugar en el succesor, sino tambien en el tercero expendente, Garcia *dict. capit*.13. *numer*. 45. Castill. *dict. capit*. 65. *numer*. 101. versicul. *Dubium*.

12 Para responder à esta objeccion, *videndum est*, què derecho tiene Don Gaspar Melchor para esta deduccion *iure communi*; y despues verèmos si esto estàr corregido por la *Ley 46. de Toro*.

13 *Iure communi*, es cosa cierta, que las impensas necessarias hechas por el posseedor de la cosa, se le deben pagar por el dueño, que reivindica, *Leg. Domum 5. Cod. de Reivindic. Leg. 9. de Adquir. rer. domin. Leg. In fundo de reivindic.* aunque el posseedor sea de mala fee, Gutierr. *lib. 3. quæst. 68. num. 17.* Garcia *de Expens. cap. 23. num.* 50. Faria ad Covarrub. *lib. 1. cap. 8. num. 24.* en tanto grado, que no solo el posseedor de buena fee no compensa con los mejoramientos los frutos de estas mejoras; pero ni el posseedor de mala los compensa, sentencia recibida en los Tribunales de Castilla, Escobar *comput.* 13. Mier. *de Maioratib. 4. part. quæst. 32. num. 5.* Garcia *dict. cap. 23. num. 50.* Faria *dict. capit. 8. num. 24.*

14 En quanto à las impensas vtiles es constante, que *iure communi* el posseedor de buena fee las puede recuperar, y el señor, que reivindica, las debe pagar, *& non aliter* viene à los bienes, que reivindica, *Leg. Dominus, §. In conducto, ff. Locati, Leg. In fundo de reivind. Leg. 24. tit. 8. partit. 5.* Gutierr. *Practic. lib. 3. quæst. 69. numer. 3.* Castill. *lib. 5. cap. 65. num. 8.* Amato *tom. 1. resolut. 14. num. 60.* Piñeyro *de Emphyt. 2. part. disput. 3. num. 48.* en el posseedor de mala fee se distinguen casos, Peregrin. *de Fideicommiss. artic. 50. à num. 20.* Castill. *dict. capit. 65. numer. 78.* Amato *dict. resolut. 14. num. 17.* Garcia *de Expens. cap. 2.*

15 *Iure verò Regio*, y despues de la *Ley 46. de Toro*, nadie duda, que el posseedor de buena fee recupera las impensas necessarias, sin las quales *res conservari non potest*, Castill. *dict. cap. 65. num. 101.* versic. *Pro necessarijs*; pero en quanto à las impensas vtiles, es questionable entre los AA. pues Garcia *de Coniugal. ac quæst. num. 99.* à que parece se inclina Castill. *dict. cap. 65. num. 101.* versic. *Dubium*, fue de sentir, que el posseedor del Mayorazgo, que reivin-

vindica, no tiene obligacion à pagar al posseedor de buena fee, que expendiò, el valor de las impensas vtiles, ni segun la equidad, que se considera, de que se pague la estimacion de los mejoramientos, segun el tiempo presente, aunque se huviesse mas expendido, que es como se considera en estos pagamentos, Marinis *tom.2. capit.133. numer.2.* Peg. *dict. gloss.43. num.48.* Amat. *dict. resolut.14. numer.63.* Guzm. *dict. quæst.20. num.15.*

16 Dando el motivo, de que no pudiendo los bienes del Mayorazgo enagenarse, *etiam in evidentem vtilitatem*, no pueden estàr obligados à la estimacion de las mejoras, ademàs, que la *Ley 46. de Toro* es tan general, que comprehende todas las hechas en los bienes de Mayorazgo, y por qualesquiera personas; y assi no solamente las hechas por los successores, sino por otros qualesquiera.

17 Sin embargo de lo referido, la contraria opinion es mas cierta, mas conforme à equidad, y à la *Ley 46. de Toro*, y se halla practicada en los Tribunales de Castilla.

18 La razon es, porque supuesto que el posseedor de buena fee deduce las impensas vtiles *iure retentionis* contra el verdadero señor, en cosa indiferente, *vt suprà probatum est*, no ay limitacion legal, que le prive de este beneficio, por ser los bienes de Mayorazgo: pues la *Ley 46. de Toro*, que se deduce en contrario, solo trata de los edificios hechos por el posseedor del Mayorazgo, sin que *vllum verbum* se encuentre en ella contra el posseedor de buena fee; y dicha Ley, sin disputar sobre ella, es correctoria de Derecho comun, en que se estatuìa, que el successor *ad tempus* recuperava las impensas hechas del fideicommissario, *Leg. Domos 61. ff. de legat.1. Leg. Mulier. §. Sed enim, ff. ad Trev.* Peregrin. *de Fideicommis. artic.50. num. 59.* Castill. *tom.5. cap.65. num.14.* Molin. *de Primog. lib.1. cap.26. numer.14.* y assi dicha Ley no es extensible à los casos, y personas en ella no expressadas, Mier. *de Maioratib. 4. part. quæst. 33.* Sanch. *Moral. lib.4. capit. 1. dub. 30. numer. 5.* Gutierr.

Prac-

Practic. lib. 3. *quæst.* 7. *numer.* 5. Hermosill. *in Leg.* 9. *gloss.* 2. *tit.* 4. *num.* 38. *part.* 5.

19 Sin que sea de momento, que la *Ley* 46. *de Toro* vse de palabras indefinidas, *scilicèt*, Casas del Mayorazgo, y que asi *æquippollet universali* à todos los expendentes, y à todos los bienes, *Leg. Si pluribus* 44. *ff. de legat.* 2. *Leg. Si servitus* 22. *ff. de Servit. vrbanor.* D. Covarrub. *lib.* 1. *capit.* 13. pues quando la indefinida se pone à materia odiosa, y perjudicial *non æquippollet universali, Leg.* 2. *Leg.* 19. *ff. de Liber. & posthum.* D. Covarrub. *dict. capit.* 13. *numer.* 5. vbi Far. *num.* 13. Salgad. *in Labyrint.* 2. *part. cap.* 9. *numer.* 6. además la indefinida *ex vi verborum* no es vniversal, sino *per interpretationem benignitatis gratia*, Far. *vbi supr. num.* 22. Mantic. *de Tacit. lib.* 7. *tit.* 5. *numer.* 12. Cyriac. *tom.* 1. *controvers.* 81. *num.* 12. y cessa la benignidad, y interpretacion, quando por ella se priva al expendente de su derecho.

20 *Vlteriùs* la indefinida nunca *æquippollet universali*, quando en vno de los extremos, que puede comprehender, ay diversidad de razon. *Leg. Quæsitum*, §. *Illud*, *ff. de legat.* 3. Mier. *de Maiorat. quæst.* 33. *num.* 16. y es constante, que en el tercero posseedor expendente milita diversa razon, que en el posseedor del Mayorazgo; pues este, sabiendo, que ha de passar à sus hijos, y parientes, se presume averlo hecho *animo donandi*, y para conservacion de su familia; pero en el tercero, que possee *affectu domini*, cessa este motivo, presumiendose averse expendido para el mayor valor de la alhaja que possee, de que no es justo se le prive en mas, que en el valor que tenia quando se enagenò, de que es consiguiente, que la Ley que hizo mencion del posseedor del Mayorazgo, *ad personas diversas non porrigatur*.

21 Ni es de momento, que sin Facultad Regia no se puedan opignorar los bienes de Mayorazgo; pues el posseedor de buena fee expendente solo pretende la retencion de lo que expendiò en la misma alhaja mejorada, sin disputar la question de hypoteca, que se disputa en el tercero mutuante al posseedor de Mayorazgo, para mejorar sus bienes;

nes; por cuyos motivos, y otros que expressan los AA. *magis communiter* subscriben à esta opinion, Mier. *de Maioratib. 4.part. quæst.32.* Gutierr. *Pract. lib.3.cap.68. à numer.2.* vbi latè refert fundamenta D.Molin. *de Primog. lib.1. cap.10. num.15.* Add. ad Molin. *lib.1. capit.26. numer.15. versic. Illud.* Pinell. *in Leg.1.Cod. de Rescind.vendit.2.part. cap.3. num.1.* por ella se decidiò en el pleyto del Marquès de Villasinda, con Diego Balmaseda, sobre las Hazeñas de Simancas, siendo esta opinion tan cierta, que dixo Gutierr. *dict. quæst.68. num.11.* que este beneficio de duccion por las impensas vtiles, no solo competia al posseedor de buena fee, sino tambien al que las hizo con noticia de ser los bienes de Mayorazgo; y que no los podia retener; pues contra *naturam est*, y contra la natural equidad, *quem cum alterius iactura locupletari. Leg.14. de Condit. indebit.*

22 De todo lo qual se evidencia, que en el caso que se rescinda la permuta hecha de consentimiento de los interessados, para mayor conveniencia de ambas familias, la persona que obtuviesse los bienes permutados, debe pagar à Don Gaspar Melchor las impensas vtiles, y necessarias hechas por el referido en beneficio de dichos bienes, sin que hasta tanto pueda entrar en possesion de ellos.

§. SEGUNDO.

FUNDASE EL DERECHO DE DON GASPAR Melchor à los bienes de Doña Francisca de la Riba Aguero, num.13.

23 LA referida en su testamento de 20. de Diziembre de 1645. dize: Que su marido le encargò mejorasse à Don Fernando su hijo, num.20. en el tercio, y quinto de sus bienes, y que assi lo hazia, para èl, y sus successores, de mayor en mayor, prefiriendo siempre el varon à la hembra, le huviesse, y heredasse,

dasse, con condicion, que dentro de 10. años viniesse à vivir à Santander. Que si en este tiempo muriesse, ò no viniesse, gozasse la mejora Doña Angela de Revilla su nieta, num. 26. hijo de Don Francisco de Revilla, y Doña Ana del Mazo, para que en la forma referida, ella, y sus successores la huviessen; y que interin no venia dicho Don Fernando, gozasse el vsufructo dicha Doña Angela.

24 La misma Doña Francisca en su codicilo de 28. del mismo mes, declara: Que si Don Fernando no viniesse dentro de 10. años, quedasse excluso de la mejora, y succediesse Doña Angela; y à su falta Doña Francisca su hermana, numer. 27. y lo mismo se entendiesse en quanto al vsufructo de la mejora; y à falta de las susodichas, venga la dicha manda en la misma forma à Doña Antonia del Mazo su madre.

25 En virtud de estos instrumentos, dize Don Joseph de Gandarillas, num. 33. que en el testamento quedò fundado vn Mayorazgo regular en cabeza de Don Fernando, y sus descendientes, y en su defecto en todos los de las hijas de la Fundadora; porque siempre que ay llamamientos graduales, contemplacion de familia, llamamiento de primogenitos, se induce en Mayorazgo perpetuo, Giurb. *de Feud.* *§. 1. gloss. 8. num.* 22. Peg. *Forens. cap.* 3. *numer.* 166. Castill. *lib.* 4. *cap.* 9. en cuyo caso los llamamientos particulares se entienden puestos *demonstrationis gratia*, y para preferir à los nominados, no empero para que con su extincion se extinga el Mayorazgo, D. Castill. *lib.* 2. *cap.* 22. *numer.* 58. *tom.* 6 *cap.* 143. *§. vnico, num.* 14. *cap.* 166. *num.* 26. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 34.

26 Y assi aunque no se hallan nominados mas que Don Fernando, y Doña Angela, no por esso el Mayorazgo dexa de ser perpetuo, y de succeder en èl los demàs descendientes de Doña Francisca, de que es el mayor, y de mejor linea Don Joseph, num. 33.

27 Que quando segun el testamento huviera alguna

du-

duda; no la ay en el codicilo; pues se halla substituìda Doña Antonia del Mazo, num. 22. su abuela; y aunque no estan llamados sus descendientes, en los Mayorazgos el llamamiento de vna persona es lineal, comprehensivo de los descendientes. *Leg. Cum avus de Condit. & demonstr.* Castill. *lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 53. *lib.* 5. *cap.* 92. *num.* 59. Larr. *decis.* 54. *num.* 7. Aguil. ad Rox. 5. *part. cap.* 4. *num.* 28. no solamente en descendientes, sino en llamamiento de transversales. Covarrub. *Practic. cap.* 38. *num.* 12. vbi Far. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 37. Rox. *de Incomp.* 5. *part. cap.* 4. *à num.* 22. vbi Aguil. *num.* 29. Noguer. *allegat.* 9. *num.* 59.

28 Y asi aviendo sido llamada Doña Antonia en el codicilo, se entienden comprehendidos en la substitucion sus descendientes, para incluirse en la mejora, como de Mayorazgo, y toca à Don Joseph, num. 33. su succession, y vindicacion de los bienes à ella pertenecientes.

29 Sin embargo de estos fundamentos, el derecho de Don Gaspar, y que los bienes de dicha mejora son libres, y no vinculados, parece mas cierto, asi atendido el testamento de Doña Francisca, como su codicilo, como lo fundarèmos separadamente.

30 Es constante, que en el testamento no ay palabra de Vinculo, ni Mayorazgo, sino solamente vnos llamamientos graduales en Don Fernando; y Doña Angela, numer. 20. y 21. y sus descendientes, en cuyo caso *constans est apud omnes*, que el Mayorazgo que se entiende constituìdo por los llamamientos graduales, solo induce vn fideicommisso temporal, restringido à los descendientes de los llamados.

31 Porque como pueden los Fundadores hazer fideicommissos temporales, y perpetuos. *Leg.* 27. *Taur.* si el fideicommisso estuviesse puesto à ciertas personas, no las transciende, antes se restringe à ellas. *Leg.* 39. *de Condit. & demonstrat. Leg.* 73. *ff. de Hæredib. instituend.* tenent in terminis D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *numer.* 38. vbi plenè

Add.

Add. Azeved. *consil.* 18. *numer.* 2. Castill. *lib.* 2. *capit.* 22. *numer.* 44. & 57. plenè Aguil. ad Rox. 1. *part. cap.* 2. *à num.* 33. Bayo *in Prax. lib.* 2. *quæst.* 6. idem Castill. *tom.* 6. *cap.* 143. *numer.* 32. Angul. *in Leg.* 11. *gloss.* 4. *numer.* 13. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recopilat.*

32 Aunque en el modo de succeder la Fundadora vse del llamamiento de primogenitos de la familia de mayor en mayor, y otras semejantes; porque esta indefinicion *stat* à los llamados, y no al fideicommisso; y por esto no estiende el fideicommisso, *neque vltrà vocatos extenditur. Leg. Cum Pater* 77. *§. Hæreditatem de legat.* 2. *Leg. Plures* 98. *de legat.* 3. Add. ad Molin. *lib.* 1. *capit.* 5. *numer.* 22. Azeved. *dict. consil.* 18. *num.* 2. Aguil. ad Rox *dict. cap.* 2. *num.* 36.

33 Aunque aya palabras de perpetuidad, porque estàndo estas à los llamamientos, en tanto permanecen, en quanto estos duran. *Leg. Id vestimentum* 25. *ff. de Peculio. Leg. Debitor* 32. *ff. de Pign.* Add. ad Molin. *dict. capit.* 5. *numer.* 33. Matut. *disquis.* 12. Aguil. *vbi supr. num.* 35. y fenecidos los llamados, y los descendientes de ellos, que estàn substituìdos, cessa el fideicommisso, y en el vltimo quedan los bienes libres, y tocan à sus herederos, *ex testamento, vel abintestato. Leg. Qui solidum* 78. *§. Prædium, ff. de legat.* 2. *Leg. Pater filium* 38. *§. Fundum, de legat.* 3. Angul. *dict. gloss.* 4. *num.* 13. Castill. *dict. cap.* 22. *num.* 44. Aguil. *dict. cap.* 2. *num.* 28. & *seqq.*

34 Sin que obste lo que se propuso por razon de dudar; pues procede quando en la fundacion ay palabra *Mayorazgo*, ò *Vinculo*, en que los llamamientos *stant demonstrativè*, y no *taxativè*, y assi el Mayorazgo es perpetuo. D. Castill. *dict. cap.* 22. *num.* 57. Barbos. *vot.* 126. *num.* 167. Torr. *de Maiorat.* 1. *part. cap.* 9. *num.* 2. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 13. Peg. *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 2. *num.* 6. Noguer. *allegat.* 25. *num.* 104.

35 Es la razon de disparidad, porque sola la palabra *Mayorazgo*, ò *Vinculo* incluye en sì pluralidad de substitu-

tuciones, y tantas quantas personas ay en la familia, descendientes, y transversales, *ordine successivo*, segun la nominacion, y prelacion de las lineas; y qualquiera Fundador, que dize haze Mayorazgo, & *si aliud non dicat*, se entiende llamar à tantos, quantos parientes pudiesse tener *in infinitum*, subrogandose vnos à otros para la conservacion de la perpetuidad, con cuya naturaleza es visto el Fundador conformarse. D. Molin. *lib.* 1. *capit.* 4. *numer.* 14. D. Castill. *dict. capit.* 22. *numer.* 57. & 64. Torr. *de Maioratib.* 1. *part. capit.* 9. *numer.* 32. Peg. *de Maioratib. tom.* 1. *capit.* 5. *numer.* 33.

36 Y assi la nominacion de personas puesta à la palabra *Mayorazgo*, que incluyò toda la familia, no fue para dàrles llamamiento, sino para darles prelacion à los no nominados. D. Vela *dissertat.* 49. *num.* 38. Torr. *dict. capit.* 9. *numer.* 16. Molin. *dict. cap.* 4. *à num.* 30. D. Castill. *dict. capit.* 22. *à numer.* 57. cuya opinion es certissima en Castilla, sin embargo, que de ella se apartò Matute *disquis.* 12. & *mordicus tenet*, defiende la contraria Peg. *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 5. *à numer.* 32. & *à num.* 80.

37 Pero quando en la disposicion no ay mencion de Mayorazgo, ni de Vinculo, y se trata de constituir por los llamamientos, y substituciones, no ay termino colectivo, inclusivo de todos los parientes *in infinitum*. ni mas substitucion, que de los expressamente nominados; y como estas substituciones no estienden el fideicommisso, queda solamente restringido à los llamados, y faltando, quedan los bienes libres, porque no ay substituto à quien el disponente mande se restituyan. *Leg. Cum Pater* 77. §. *Libertis de legat.* 2. Peg. *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 5. *num.* 32. versic. *Adque*. Salgad. *in Labyr.* 4 *part. capit.* 10. *numer.* 1. Gregor. *in Leg.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. verbo: *El mas propinquo*, versic. *Undè*. Aguil. 1. *part. cap.* 2. *num.* 32.

38 De suerte, que registrada la disposicion hecha en el testamento de Doña Francisca, hallamos vna simple mejora

hecha en Don Fernando, con gravamen de fideicommisso, y sus descendientes, y de Doña Angela, y los suyos, con succesion gradual entre ellos, sin que Doña Francisca, *vltra fuisset progressa*, ni vsasse del termino colectivo de substituciones, que es *Mayorazgo*, ò *Vinculo*, ni la materia es tal, que sea facil à elevarse à ser Mayorazgo perpetuo, ni ser para el lustre de la familia descendiente, y transversal, consiguientemente solamente se conservò el fideicommisso en los nominados, y sus descendientes, sin que en los demàs hermanos huviesse Mayorazgo, ni concepto de tal.

39 No tiene duda lo referido, y solo se puede dezir en contrario, que por el codicilo se extendiò el fideicommisso à Doña Francisca, num. 27. y en su defecto à Doña Antonia su madre, *vt suprà diximus*; pero por este codicilo, atendida su verdadera inteligencia, no se extendiò el fideicommisso à los descendientes de Doña Antonia, num. 22. La razon es, porque aunque està llamada Doña Francisca, numer. 27. en quanto à la mejora, y en quanto al vsufructo, y despues de ella Doña Antonia su madre, esta solo lo està en quanto al vsufructo, siendo distinto el llamamiento al Mayorazgo, que al vsufructo; porque este se extingue siempre con la muerte, sin passar reliquias à los hijos, ni constituir linea, *§. Finitur, institut. de vsufruct.* Gama *decis.* 386. optimè Rox. *de Incompatib. 8. part. cap.* 5. *num.* 58. *qui expressè asserit*, que el vsufructuario del Mayorazgo no se entiende llamado à la succesion; pero en la mejora puede constituirse linea, porque el posseedor del Mayorazgo es señor de èl. D. Molin. *de Primog. lib.* 1. *capit.* 19. *à numer.* 1. Gutierr. *Practic. lib.* 3. *quæst.* 81. *num.* 7. Giurb. *decis.* 69. *numer.* 37.

40 Pero quando se pueda entender, que Doña Antonia fue llamada, no solamente al vsufructo, sino à la mejora, *adhuc* Don Joseph, num. 33. no se puede incluir en la succesion como de Mayorazgo; porque aunque regularmente, *vt diximus*, en ellos son los llamamientos lineales,

fallit,

fallit, quãndo de la fundacion se deduce, que el llamamiento fue personal, *quo casu*, no passa à los descendientes, y esto se colige, quando aviendose llamado algunos à la succession, y sus descendientes, se passò despues à llamar à otro, sin hazer mencion de descendientes, *quo casu*, esta omission se presume fue consulto para que los descendientes no succediessen en el Mayorazgo, Aguil. ad Rox. 5. *part. cap.* 4. *numer.* 37. ibi: *Nunc limitabis Authoris sententiam, quando institutor plures vocavit cum suis descendentibus expressè ad successionem invitatis, in alio autem nominato vocationem filiorum eius ex causa caute cum cura omissit, quia videtur eos excludere eum de filijs, & descendentibus cogitaret in aliorum vocationibus. Et numer.* 38. dize se decidiò asi en la Chancilleria de Granada en vn Mayorazgo de Antequera.

41 Lo que en nuestro caso se evidencia; pues Doña Francisca à la succession de la mejora llamò à Don Fernando, y sus descendientes, y despues à Doña Angela, y los suyos; pero en el llamamiento de Doña Francisca, y en el de Doña Antonia no hizo mencion de tales descendientes, porque quiso hazer estos llamamientos personales, y no lineales.

42 De todo lo qual se infiere, que Don Joseph, numer. 33. ni en el testamento, ni en el codicilo tiene llamamiento para incluirse en la succession, siendo preciso para lo que intenta mostrar *se vocatum esse. Leg.* 1. *Cod. Quor. bonor.* Larr. *decis.* 33. *num.* 33. Peg. *de Maiorat. tom.* 2. *capit.* 10. *num.* 1. y consiguientemente ser los bienes libres, y tocar à la herencia del vltimo successor; y asi se espera. Salvo, &c.

Lic. Don Juan Basilio de Arellano.



Ne scribam vanum, duc, pia Virgo, manum.

POR

DON GASPAR MELCHOR DE LA Riba Aguero, vezino del Lugar de Gajano, num. 18.

CON

DON JOSEPH DE GANDARILLAS, vezino de la Villa de Santandèr, num. 33.

SOBRE

EL MAYORAZGO FUNDADO POR GARCIA Gonçalez de la Riba, num. 2. y bienes de la mejora de Francisca de la Riba, num. 13.

A PRE-